

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara los derechos al debido proceso y a la reparación integral / DEFECTO FÁCTICO - Por valoración indebida de las pruebas incorporadas al expediente ordinario DEFECTO POR DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN - Por asignación desproporcionada y excesiva a la víctima de contribución en la producción del daño / SENTENCIA DE SUSTITUCIÓN - Para reasignar de manera proporcionada el porcentaje de concurrencia de la víctima en la producción de su propio daño

[E]l Tribunal Administrativo fue enfático en apuntar que la reacción desplegada por el agente de policía a la hora de intentar repeler el comportamiento de la víctima fue desproporcionada y excesiva dada la naturaleza de las agresiones y la desigualdad de las armas utilizadas, así como en precisar que los integrantes de la Policía Nacional reciben la suficiente instrucción y preparación a fin de enfrentar las situaciones como en la que se vio envuelto el agente de policía implicado en los acontecimientos, la Sala no encuentra un motivo razonable y coherente por el cual se le haya asignado a la víctima una concurrencia causal equivalente al setenta por ciento en la producción de su muerte, con lo cual se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en el defecto decisión sin motivación. En efecto, si se tiene claro que, más allá de la conducta desafinante de [O.S.M.C.], el impacto de arma de fuego propinado por el agente de policía fue la causa adecuada del resultado antijurídico muerte, la mayor parte de la contribución en dicho resultado debe ser imputado al profesional de policía entrenado para encarar ese tipo de manifestaciones de violencia, pero que la resolvió de manera ilegal al ejercer un uso desproporcionado de la fuerza. (...). En ese orden de ideas, en el caso concreto resulta desproporcionado asignarle al comportamiento de la víctima un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento en la concurrencia de su daño. Así pues, la Sala encuentra que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en defecto fáctico por valoración indebida de las pruebas incorporadas al proceso al realizar una asignación desproporcionada del porcentaje de concurrencia de [O.S.M.C.] en la producción de su muerte, en tanto que de los hechos probados se evidencia que dicho resultado es consecuencia, en gran parte, del hecho dañino impacto de proyectil de arma de fuego propinado por el agente de policía y no de la conducta amenazante de la víctima.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2343

NOTA DE RELATORÍA:

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO AMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01353-01(AC)

Actor: MARTHA ESPERANZA CRUZ SANABRIA Y OMAR MARTÍNEZ REAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

La Sala procede a decidir la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2017 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

I.1.- La Solicitud

Los ciudadanos **MARTHA ESPERANZA CRUZ SANABRIA y OMAR MARTÍNEZ REAL**, obrando en su propio nombre, instauraron acción de tutela para obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la reparación integral, los cuales consideran vulnerados por: el Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá –Sección Tercera-, con ocasión de haber proferido la sentencia de 13 de agosto de 2015, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda contentiva del medio de control de reparación directa instaurado por los actores y otros familiares contra la Nación – Ministerio de

Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia¹; así como por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuenta de pronunciar sentencia de segunda instancia de 7 de diciembre de 2016, por medio de la cual se modificó el numeral segundo de la providencia anteriormente referida, en el sentido de disminuir el *quantum* de las sumas de dinero correspondientes a la indemnización del daño moral padecido por las víctimas indirectas de la muerte de Omar Smith Martínez Cruz.

I.2.- Hechos

Los accionantes, la señora Martha Esperanza Cruz Sanabria y el señor Omar Martínez Real, manifestaron que el 17 de julio de 2013, junto con otros familiares, interpusieron acción contenciosa con pretensión de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, con el objeto de que se declarara la responsabilidad patrimonial-administrativa de esta entidad por los perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo, el joven Omar Smith Martínez Cruz, acaecida como consecuencia de un disparo de proyectil de arma de fuego propinado por un oficial de la Policía Metropolitana de Bogotá².

¹ Acción contenciosa con pretensión de reparación directa promovida por Martha Esperanza Cruz Sanabria, Omar Martínez Real; Edwin Duván y Dayann Geraldín Martínez Cruz; Alicia Sanabria Ibáñez, Eleuterio Cruz Gamboa, Jennifer Yised Cruz Sierra, Carlos Enrique Cruz Sanabria, Adrián Enrique Cruz Túquerres, Eleuterio Cruz Sanabria, Brayan Sneyder Cruz Sierra, Wilson Humberto, Víctor Julio y Ángela Rocío Cruz Sanabria, Ever Antonio, Fabio y Yarley Lucelly Martínez Real; Claudia Alexandra Cruz Niño, Jadi Johana Cruz Arciniégas, Michael Stiven Cruz Sierra, Luis Antonio Cruz Sanabria y Rafael Antonio Martínez Gómez, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia. Rad. Nro. 2013-00088.

² La parte actora del proceso ordinario de reparación directa, integrada por la señora Martha Esperanza Cruz Sanabria y el señor Omar Martínez Real (padres de la víctima directa del daño) y otros familiares, manifestó en el escrito de la demanda que los hermanos –menores de edad- Omar Smith y Edwin Duvan Martínez

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá –Sección Tercera-, al conocer de la controversia planteada por los demandantes, mediante sentencia de 13 de agosto de 2015, resolvió, en primer lugar, declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los perjuicios causados a los padres, los hermanos y tres de los abuelos de Omar Smith Martínez Cruz, como consecuencia de la muerte de este último; en segundo lugar, condenó a la entidad demandada a pagar las siguientes sumas de dinero: cincuenta (50) S. M. L. M. V. para cada uno de los padres³ de Omar Smith Martínez Cruz; y veinticinco (25) S. M. L. M. V. para cada uno de los dos hermanos⁴ y para cada uno de los tres abuelos⁵ de la víctima directa del hecho generador del daño; y, por último, negó las demás pretensiones de la demanda.

Cruz, junto con cinco de sus amigos –entre ellos dos mujeres-, al dirigirse hacia la casa de uno de ellos en la localidad de Bosa, fueron requeridos para ser inspeccionados por dos uniformados de policía, quienes los señalaron de pertenecer a las denominadas “barras bravas” y de alterar el orden público. Ante ello, los jóvenes respondieron que tan solo se disponían a acompañar a su amiga hasta su casa y que no querían problemas. Frente a los señalamientos de los agentes y la alteración de la situación, Omar Smith tomó un machete que tenía su hermano menor y empezó a rozarlo contra el suelo, tratando de dispersar la situación y de continuar con su camino. Sin embargo, uno de los policías optó por desenfundar su arma de fuego de dotación oficial, propiciar dos disparos al aire y, en seguida, descargar un proyectil sobre la humanidad de Omar Smith, luego de lo cual decidió subirse junto con su compañero en la motocicleta y retirarse de la escena de los hechos sin prestar acción de socorro. El hermano menor de la víctima, Edwin Duván, y sus amigos intentaron alcanzar a los motorizados, pero finalmente fueron detenidos por una patrulla de la Policía Nacional.

Omar Smith Martínez Cruz falleció en el Hospital Pablo VI de la localidad de Bosa como consecuencia del disparo propinado por uno de los agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá.

³ Martha Esperanza Cruz Sanabria y Omar Martínez Real.

⁴ Edwin Duván y Dayann Geraldin Martínez Cruz.

⁵ Alicia Sanabria Ibáñez, Eleuterio Cruz Gamboa y Rafael Antonio Martínez Gómez.

Los demandantes adujeron que las sumas de dinero reconocidas por el *a quo* fueron reducidas en un cincuenta por ciento (50%) en razón de haber operado la figura de la “conurrencia de culpas” en la producción del daño, razón por la cual optaron por interponer recurso de apelación contra la providencia de primera instancia. Invocando otras razones la entidad demandada hizo lo propio.

La Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 7 de diciembre de 2016, desató el recurso de apelación incoado por los dos extremos procesales modificando la providencia de primera instancia en el sentido de aminorar la cuantía de las sumas de dinero parcialmente reconocidas, así: treinta (30) S. M. L. M. V. para cada uno de los padres y quince (15) S. M. L. M. V. para cada uno de los dos hermanos y para cada uno de los tres abuelos de Omar Smith Martínez Cruz.

Los actores aseguran que las autoridades judiciales accionadas, al declarar la existencia de la “*con-causalidad de culpas*” y, por consiguiente, abstenerse de conceder la totalidad de los montos indemnizatorios que habitualmente ha venido reconociendo la jurisprudencia contenciosa en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, incurrieron en una “*actuación defectuosa*” en la medida en que las pruebas que desvirtúan la configuración del fenómeno de concurrencia de causas no fueron valoradas en su integridad y, además, fueron erróneamente analizadas. De otro lado, los accionantes agregaron que el Tribunal accionado no expuso las razones por las cuales decidió reducir el *quantum*

indemnizatorio de las sumas parcialmente reconocidas por el *a quo* por concepto de perjuicios morales.

I.3.- Pretensiones

La parte actora solicitó que se ampararan los derechos fundamentales invocados; se dejen sin efecto las sentencias de 13 de agosto de 2015 y 7 de diciembre de 2016, expedidas, respectivamente, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá –Sección Tercera- y la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y, en su lugar, se ordene proferir nueva sentencia con fundamento en un análisis integral de los medios de prueba aportados al proceso radicado bajo el nro. 2013-00088.

I.4.- Defensa

La Secretaría General de la Policía Nacional solicitó que se rechace por improcedente la presente acción de tutela con fundamento en las siguientes razones:

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca tuvo en cuenta los pronunciamientos de unificación proferidos por el Consejo de Estado en lo que respecta a los topes indemnizatorios de perjuicios morales.

Ninguna de las autoridades judiciales demandadas vulneró los derechos fundamentales de los accionantes, por cuanto el resultado se debió en gran parte a la participación del occiso, contribuyendo con su actuar a la causación de su propio daño.

La acción de tutela es improcedente por cuanto con la misma se pretende reabrir la controversia resuelta por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 7 de diciembre de 2016, la cual hizo tránsito a cosa juzgada material. Luego entonces proceder a realizar nuevas consideraciones al respecto, afecta el postulado del *non bis in ídem* como parte del derecho al debido proceso.

Agregó que, la parte actora no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable o una amenaza inminente o injustificada como presupuesto de procedencia de la acción de tutela de la referencia.

Finalmente, aseguró que el asunto carece de relevancia constitucional, toda vez que no existió conducta alguna que generara la vulneración de las garantías fundamentales de los actores.

El Magistrado de la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ponente de la decisión cuestionada, consideró que la acción de tutela de la referencia, al no acreditar los requisitos de procedencia contra providencia judicial, puede inferirse que tiene como propósito abrir una tercera instancia. Adicionalmente, puso de presente que la víctima

contribuyó a la producción del daño, pues al utilizar de manera intimidante un elemento que revestía peligro, generando presión o temor, ayudó a que la autoridad tuviera que hacer uso de su arma de dotación para repeler el comportamiento del agresor. Ante el actuar imprudente, irresponsable y reprochable de la víctima, se consideró que, con base en las pruebas recaudadas en el proceso, su contribución en la producción del daño superaba el 50% decretado por el *a quo*, motivo por el cual la condena impuesta debía reducirse en un 70%.

El Juez Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá –Sección Tercera-, informó que para la fecha en que se profirió la decisión enjuiciada no se encontraba ejerciendo como Juez de ese Despacho, motivo por el cual no le correspondía ejercer la defensa de la providencia mencionada.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 13 de julio de 2017, negó el amparo solicitado, exponiendo las siguientes consideraciones:

El Tribunal demandado sí realizó un análisis de las declaraciones rendidas por los testigos y, en consecuencia, de las mismas se pudo colegir razonablemente que la víctima desplegó una conducta amenazante y agresiva hacia los policías. Ante ello, las afirmaciones de los accionantes tan solo revelan una inconformidad

respecto de la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada.

Adicionalmente, la Sección Quinta refirió que el Tribunal accionado sí esgrimió razones suficientes e indispensables para decidir “*modificar el porcentaje del quantum indemnizatorio de un 50 a un 70 por ciento*”, toda vez que, pese a que el agente de policía disparó dos veces al aire, la víctima mantuvo su actitud agresiva, además de incumplir su deber de colaboración con las autoridades encargadas de velar por la preservación del orden, lo cual constituye un comportamiento imprudente, irresponsable y reprochable.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora solicitó que se revoque la decisión proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la acción de tutela, reiterando que el impacto de bala en una zona vital del cuerpo de la víctima desvirtúa la concurrencia de culpas y que, además, no se puede comparar el uso de un arma blanca para la defensa personal y el uso de un arma de fuego con la que se causó la muerte a la víctima.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Un primer aspecto que interesa resaltar, es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 (Expediente nro. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, Consejera ponente doctora María Elizabeth

García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, luego de analizar la evolución jurisprudencial de la acción de tutela contra providencias judiciales tanto en la Corte Constitucional como en esta Corporación, concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004** (Expediente nro. AC-10203) han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales. De ahí que a partir de tal pronunciamiento se modificó ese criterio radical y se declaró la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que esta Corporación o aquella elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Expediente nro. 2012-02201-01).

En la mencionada sentencia la Corte Constitucional señaló los requisitos generales y especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

[...] Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones^[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable^[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración^[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora^[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se

genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible^[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela^[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

[...] Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado^[11].

i. Violación directa de la Constitución. [...].

La señora **MARTHA ESPERANZA CRUZ SANABRIA** y el señor **OMAR MARTÍNEZ REAL** (padres de la víctima directa del daño), junto con otros familiares, interpusieron acción contenciosa con pretensión de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, reclamando la indemnización a la que afirmaron tener derecho como consecuencia de la muerte de Omar Smith Martínez Cruz, suscitada el 29 de enero de 2012 en el marco de un procedimiento de policía llevado a cabo un día antes en la localidad de Bosa de la ciudad de Bogotá.

En el respectivo escrito de la demanda del proceso radicado bajo el nro. 2013-00088, la parte demandante relató que los hermanos Omar Smith y Edwin Duvan Martínez Cruz –menores de edad-, junto con cuatro de sus amigos, al salir de una fiesta y dirigirse hacia la casa de uno de ellos en la localidad de Bosa, fueron requeridos para ser inspeccionados por dos uniformados de policía, quienes los

señalaron de pertenecer a las denominadas “barras bravas” y de alterar el orden público. Ante ello, los jóvenes respondieron que tan solo se disponían a acompañar a su amiga hasta su casa y que no querían problemas. Frente a los señalamientos de los agentes de policía y la alteración de la situación, Omar Smith Martínez Cruz tomó un machete que poseía su hermano menor y empezó a rozarlo contra el suelo, tratando de dispersar la situación y de continuar con su camino. Sin embargo, uno de los policías optó por desenfundar su arma de fuego de dotación oficial, propiciar dos disparos al aire y, enseguida, descargar un proyectil sobre la humanidad de Omar Smith, luego de lo cual decidió subirse junto con su compañero en la motocicleta y retirarse de la escena de los hechos sin prestar acción de socorro. El hermano menor de la víctima, Edwin Duvan y sus amigos intentaron alcanzar a los motorizados, pero finalmente fueron detenidos por una patrulla de la Policía Nacional.

Del escrito de la acción constitucional de la referencia se advierte que los accionantes: la señora **MARTHA ESPERANZA CRUZ SANABRIA** y el señor **OMAR MARTÍNEZ REAL**, manifestaron su inconformidad frente a las providencias pronunciadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la siguiente forma:

Contra la Sentencia de primera instancia proferida el 13 de agosto de 2015, expusieron que el Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá –Sección Tercera-, al abstenerse de reconocer el cien por ciento del monto de los perjuicios causados a raíz del homicidio de Omar Smith

Martínez Cruz, debido a que encontró probada en un cincuenta por ciento la incidencia causal de la víctima directa en la producción del daño, incurrió en defecto fáctico, toda vez que de un análisis integral de las pruebas testimoniales allegadas no se puede colegir que se haya configurado una “conurrencia de culpas”.

Asimismo, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 7 de diciembre de 2016 por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los accionantes afirmaron que no hay motivación alguna que fundamente la decisión de haber reducido el monto indemnizatorio parcialmente reconocido por el *a quo* en un veinte por ciento adicional, al inferir que la víctima directa tuvo una incidencia equivalente al setenta por ciento en la producción del daño.

A las providencias mencionadas se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la reparación integral de los actores, en tal virtud y en vista de que se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde a la Sala determinar si: i) las providencias proferidas por las autoridades judiciales demandadas contienen un defecto fáctico en la medida en que omitieron la valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y que, a juicio de los actores, indicaban la inexistencia de concurrencia de culpas en la producción del daño antijurídico muerte; y ii) si la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca consistente en aminorar las cuantías parcialmente

reconocidas por el Juzgado Administrativo, correspondientes a la indemnización del daño moral padecido por las víctimas indirectas de la muerte de Omar Smith Martínez Cruz, carece de motivación.

Previo a la resolución de los problemas jurídicos planteados, la Sala procederá a recordar algunos criterios en lo relativo a la concurrencia de causas.

La concurrencia de causas - cooperación de la víctima en la causación de su propio daño

La concurrencia de causas es un fenómeno que, dentro del estudio de la imputación del daño en el juicio de responsabilidad civil o del Estado, supone que el hecho generador del daño no puede ser atribuido exclusivamente a la conducta –activa u omisiva- del sujeto agente, habida cuenta que, en alguna proporción y de manera simultánea, aquel también encuentra origen en otros acontecimientos, tales como “*la ocurrencia de fuerzas naturales o sociales anónimas o irresistibles*”, el comportamiento de persona diferente del demandado (tercero) o, incluso, de la misma víctima del daño⁶.

El daño entendido como la materialización de la violación del deber jurídico de abstenerse de estropear el derecho o la integridad del patrimonio –material o inmaterial- ajeno⁷, es fuente de la obligación de reparar⁸, la cual consistirá en la

⁶ HINESTROSA, Fernando. *Derecho civil: obligaciones*. Bogotá: Publicaciones Externado de Colombia, 1969, pp. 563 y ss.

⁷ Ibíd. “*Deberes de conducta reductibles al principio elemental de neminem laedere que determina a obrar y abstenerse de actuar relegando la comodidad egoísta en aras de la integridad ajena, y se proyectan en dos*

prestación⁹ que corresponda según la naturaleza del daño ocasionado¹⁰ y de las posibilidades de retornar a la situación que se tenía antes de padecer el hecho perjudicial en el caso concreto (*restitutio in integrum*).

direcciones complementarias: como reglas universales que vinculan a todos los miembros sociales, sin otra sanción que la general del derecho, y como orientaciones concretas que para un caso singular se pronuncian por iniciativa particular o disposición legal, como refuerzo y especificación del deber genérico, anterior e inobjetable”.

⁸ Código Civil. “**ARTICULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.** El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

⁹ HINESTROSA, Fernando. *Derecho civil: obligaciones*. Bogotá: Publicaciones Externado de Colombia, 1969, pp. 513. “Para plantear el problema de este modo [daño como fuente de la relación crediticia], se considera que el deber de prestación consistente aquí en la entrega de suma de dinero, surge de la lesión ocasionada en el derecho ajeno, que la merma patrimonial y la afectación espiritual son las razones del deber de carácter obligatorio que entonces contempla. (...). Y a este propósito [el restablecimiento del derecho ajeno quebrantado], dentro de las sanciones legales se contempla, según las posibilidades de restauración: devolver el objeto sustraído, sanción restitutoria, medida elemental que se procura cuanto lo primero, y que exige la subsistencia del bien en manos del destinatario de la demanda (...); no siendo factible o suficiente ese medio, se acude a la indemnización de los daños infringidos, sanción reparadora, que comprende en principio el equivalente pecuniario del derecho perdido y agrega la suma que corresponda a la merma del saldo patrimonial del momento y a las oportunidades de lucro que se escapan como consecuencia de la actividad del demandado, siendo dable también el caso de reclamar el bien mismo, junto con el perjuicio recibido por su entrega extemporánea, su sustracción o deterioro (...); por último, cuando no se puede regresar a la situación primitiva, como tampoco reducir a dinero el quebranto sufrido para ofrecer un equivalente del derecho lesionado, siendo necesario un alivio para la víctima, se piensa en la sanción compensatoria: no se paga el daño, se palía, se da algo, que no es igual a lo que se tenía definitivamente perdido o no apreciable pecuniariamente, pero que ayuda a mitigar la aflicción y sirve de lenitivo (...).”

¹⁰ Daño o perjuicio material: aquel que fácilmente encuentra una valoración pecuniaria en el mercado, por lo tanto le corresponde una reparación de tipo pecuniario.

Código Civil. “**ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.** Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

El artículo 2343 del Código Civil¹¹ colombiano establece que la obligación de indemnizar le corresponde a la persona causante del daño respectivo y a sus herederos. Asimismo, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991¹² señala que al Estado le corresponde responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En esa medida, el ordenamiento jurídico colombiano no prevé la función sancionadora -“*punitive damage*”- del derecho de daños, sino que el demandado está obligado a reparar única y exclusivamente el daño causado.

Bajo esta lógica y, ante la hipótesis que el daño padecido por la víctima sea consecuencia de un cúmulo de factores, se hace procedente realizar la distinción de esos nexos causales para efectos de señalar, específicamente, cuál es la parte de ese daño antijurídico que solamente le es imputable a la conducta del sujeto demandado y, por consiguiente, a cuánto asciende el monto respectivo de la obligación de pago por concepto de indemnización¹³.

Daño o perjuicio inmaterial: aquel que no encuentra en el mercado un equivalente pecuniario, precisamente por cuanto no se trata de bienes que jurídicamente estén habilitados para circular en el tráfico mercantil. Su reparación no puede obedecer a los estándares propios de la indemnización, dado que, por lo ya dicho, jamás se logrará restituir a la víctima al *statu quo ante* del daño, es por ello que la reparación del mismo tiene por objeto compensarlo o contrarrestarlo.

¹¹ “**ARTICULO 2343. PERSONAS OBLIGADAS A INDEMNIZAR.** Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. (...)"

¹² “**ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

¹³ PEIRANO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Tercera edición. Bogotá: Temis, 1981, págs. 438 y ss. “*Esta última consideración nos pone sobre la pista del verdadero planteo de la situación de concurrencia del hecho ilícito del ofensor y del hecho ilícito de la víctima. Este problema debe ser radicado en la zona del nexo causal: si el hecho ilícito de la víctima es causa total o parcial del daño, éste último solo debe ser resarcido*

En el caso de confluencia entre las conductas de la víctima y la persona de derecho público demandada como presupuesto de la generación del hecho dañino, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado que:

[...] cuando la víctima se expone imprudentemente al daño la apreciación de éste estará sujeta a reducción, y habilita al juzgador para que el quantum de la condena no pueda ser total respecto del daño, porque el daño no se causó sólo con la conducta del demandado debido a que la persona dañada participó en el desenlace del resultado”¹⁴.

Ahora bien, la misma Sección ha precisado que:

(...) la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del quantum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento tenga las notas características para configurar una co-causación del daño. (...) no es de recibo el análisis aislado o meramente conjectural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada co-causalmente en la producción de la cadena causal. (...) la reducción del daño resarcible (...) responde a (...) que la víctima haya contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte de perjuicio no deviene en antijurídico y por ende no tiene la virtud de poder ser reconducido al patrimonio de quien se califica de responsable. Debido a lo anterior, cuando hay derecho a la disminución, ésta ha de analizarse en función de la relación de causalidad, que es el ámbito propio en donde tiene operancia dicho elemento co-causal y no en el denominado plano de la compensación de culpas”¹⁵.

por el ofensor de acuerdo a la medida en que él lo causó, y - por el contrario - no debe ser resarcido en proporción al grado en que él es la consecuencia del hecho de la víctima. Puesto que el problema de la responsabilidad civil no es un problema de punición, si no una cuestión de indemnización, esto es, de reparación del daño, éste debe ser indemnizado en la proporción en que ha sido producido: la distribución del daño entre la víctima y el ofensor debe hacerse pues, de acuerdo al grado de causalidad de cada uno en el evento dañoso”. [Subraya la Sala].

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000. Rad. Nro. 12176. C. P: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de julio de 2000. Rad. Nro. 12641. C. P: María Elena Giraldo Gómez.

En tal virtud, la Sección Tercera ha expuesto unos criterios en aras de diferenciar entre una mera conducta culposa sin incidencia causal y una contribución cierta y eficaz en la producción del hecho dañino¹⁶:

(...) Ahora bien, "la cooperación jurídica del perjudicado en el nacimiento o en la propagación del daño", concausa jurídica, denominación en la doctrina alemana, debe analizarse con las debidas cautelas y atendidos varios criterios, como pueden ser, por ejemplo, "el lesionamiento objetivo de un deber u obligación" o la necesidad de "responder de un riesgo", presupuestos que han de venir conexionados "jurídicamente con los daños".¹⁷. [Subraya la Sala].

De igual forma, en lo atinente a la proporcionalidad en la atribución de los porcentajes correspondientes a la co-causalidad del daño, la Sección Tercera precisó que '[d]e lo que se trata en últimas es de arbitrar una solución que permita, ante la evidencia de la concausación, un reparto equilibrado entre los varios autores del daño, porque se trata de concurrencia de causas, una de las cuales, antijurídica, es la imprudencia de la víctima, en la producción del hecho dañador'¹⁸.

Análisis de los defectos endilgados

Existencia de la concurrencia de causas

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. Nro. 1995-02356 (13050). C. P: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000. Rad. Nro. 12176. C. P: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁸ Ibíd.

La parte actora fundamentó la existencia de un defecto fáctico en cuanto las autoridades judiciales demandadas, al proferir las providencias de 13 de agosto de 2015 y 7 de diciembre de 2016, no analizaron en su totalidad cada una de las declaraciones aportadas por tres de los testigos de los hechos, las cuales concuerdan en que la seguridad e integridad de los policías nunca se vio amenazada eficazmente por parte de la víctima, como quiera que esta no utilizó el machete de manera directa contra ellos. Adicionalmente, los actores adujeron que también existió una valoración indebida de las pruebas al concluir que se había presentado una “conurrencia de culpas” en la producción del daño.

Bajo estos señalamientos la Sala procederá a estudiar los fundamentos expuestos por las autoridades judiciales demandadas en las sentencias enjuiciadas, a fin de determinar si Omar Smith Martínez Cruz concurrió o no en la producción de su muerte, bajo la óptica de un defecto en la valoración integral y razonada de las pruebas integradas al proceso.

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera-, mediante sentencia de 13 de agosto de 2015, declaró la responsabilidad patrimonial-administrativa de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por cuanto ‘[...] *los testimonios rendidos en el curso del proceso coinciden en afirmar que la muerte de Omar Smith Martínez Cruz se produjo por parte de un agente de la Policía Nacional en ejercicio de su autoridad pública que inicialmente efectuó dos disparos al aire e inmediatamente disparó contra la*

humanidad de Martínez Cruz, causándole la muerte y huyendo del lugar de los hechos”.

Sin embargo, el Juzgado demandado consideró que:

“No obstante, aunque no está probada una causal de exclusión de responsabilidad, no puede perderse de vista de que sí está demostrada una concurrencia de culpas, derivada de la conducta asumida por el occiso de quitarle el arma blanca a su hermano Edwin Duvan Martínez Cruz, a quien habían detenido los policiales en primera instancia, y utilizarla para amenazar a la autoridad pública, aunque dicha amenaza no comportó, de acuerdo con lo probado en el expediente, un peligro real, actual e inminente para la integridad de los miembros de la Policía Nacional que justificara dispararle en legítima defensa.”

En este orden de ideas, cuando está demostrado que en la producción del daño concurrieron en forma eficiente y en idéntica proporción el hecho de la víctima y la actuación del Estado, resulta preciso declarar la concurrencia de culpas en la falla del servicio. Así lo ha precisado el Consejo de Estado en varias providencias [cita al pie:] Cfr., CE3, Sentencia de julio 30 de 2008, e17066, C.P. Ramiro Saavedra Becerra (sic).

En consecuencia, se declarará la responsabilidad de la entidad demandada, pero se reducirá en un 50% la indemnización de perjuicios, porque el comportamiento inapropiado de la víctima fue parte de la causa eficiente de su muerte. No interesa para esta jurisdicción analizar el comportamiento de cada uno de los personajes involucrados, porque dicho estudio corresponde al proceso penal y disciplinario. Es suficiente con que se demuestre la participación de la víctima en la producción del daño para reducir el monto de la indemnización, tal y como ocurrió en este caso”. [Resalta la Sala].

Por su parte, la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 7 de diciembre de 2016, confirmó la existencia de responsabilidad patrimonial-administrativa de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en tanto encontró que Omar Smith Martínez Cruz falleció

por causa de recibir en su tórax un impacto de proyectil de arma de fuego de dotación oficial accionada por un agente policial en ejercicio de sus funciones¹⁹.

En cuanto al reproche que la parte actora le formuló al Tribunal, consistente en haber omitido un análisis integral sobre los testimonios ofrecidos por Miguel Ángel Gómez Martínez, Miguel Ángel Sánchez Pérez y Johan Sebastián Charry Ruiz, la Sala observa que la sentencia de 7 de diciembre de 2016, contiene las siguientes observaciones:

“Así, en el testimonio rendido [por Miguel Ángel Gómez Martínez], al indagarle sobre el momento en que Omar Smith toma el arma refirió: “Omar Smith toma el arma en el momento en que aquel agente le alzó la mano con un bolillo en la mano” y al ser indagado sobre lo que acontece a continuación de que toma el arma refirió²⁰: “pues él, empieza como a rastrillarla en el piso, o sea como porque no le vayan a agredir al hermano y pues el (sic) no hizo ningún intento como de mandarle un... como le dijera... o hacerle daño al agente” (...) “entonces pues ahí ya cuando el agente como que se vio presionado, no se la verdad, el saco (sic) un arma y pegó un tiro al aire, pasaron como cinco segunditos disparó otra vez y en el momento pues que vio que el muchacho tampoco se retrocedió ni nada, pues ahí llegó y disparó en el momento que le pegó en el pecho” (...) “el agente sale corriendo a montarse en la moto y ahí se va de una vez”.

Miguel Ángel Sánchez Pérez [...] [a]l ser indagado sobre las razones por las que la policía le estaba pegando al hermano de Omar Smith refirió:

“por lo que él [Edwin Duvan Martínez Cruz, hermano menor de Omar Smith] llevaba una macheta, el (sic) salió detrás de nosotros, nosotros salimos primero y el (sic) salió detrasito (sic) a buscarnos, por lo que ese barrio es muy peligroso entonces a él le pasaron una macheta que la llevara, él iba corriendo, los

¹⁹ Precisó la Sala que “(...) el uso de las armas de dotación oficial por parte de los miembros de la Fuerza Pública, debe ejercerse conforme a la contingencia del peligro, lo cual implica que es posible acudir a aquellas solo como última medida para proteger su integridad física o la de terceras personas, evitando siempre cualquier exceso, actuando con pericia, proporcionalidad y buscando evitar la afectación en otros bienes jurídicamente protegidos como la vida”.

²⁰ “Minuto 30 record audiencia de pruebas fl. 277 C.1”.

patrulleros iban detrás en la moto, le iban a pedir una requisita, entonces ahí como lo vieron con la macheta le iban como a pegar, como que lo rempujaron y ahí fue cuando mono [Omar Smith Martínez Cruz] corrió y le quitó la macheta y empezó a rastrillársela al policía en el piso y ahí el policía hizo dos disparos al aire, pero vio que mono todavía le seguía ahí rastillando la macheta y ahí fue cuando disparó”.

Jhon Sebastián Chávez Ruiz [...] [d]icho testigo sobre lo que hizo Omar cuando, según su relato, el policía estaba agrediendo a su hermano, refirió que “simplemente le quitó la macheta al hermano y sólo asustó al policía” al ser interrogado sobre en qué consistió el asustar al policía refirió “sólo rastrilló la macheta en el piso, nada más” y sobre la razón por la que quería asustar al policía contestó “para que no agrediera al hermano”. [Subrayas originales].

El Tribunal accionado, habiendo expuesto el dicho de cada uno de los testigos, procedió a justificar la incidencia de la víctima en la producción del daño padecido, de la siguiente forma:

“Frente a los argumentos de la entidad, precisa la Sala que la valoración de las pruebas decretadas e incorporadas en oportunidad, esto es, las declaraciones rendidas bajo juramento por los testigos presenciales, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos, permiten inferir con claridad que el comportamiento de la víctima bien pudo representar un riesgo para la integridad del policía, ya que dichos relatos fueron coincidentes en señalar que el obitado (sic) Omar Smith rastrilló el arma cortante (machete) contra el piso, con la finalidad de asustarlo y evitar que agredieran a su hermano, situación en la que persistió a pesar de que el agente de policía disparó al aire en dos ocasiones con la finalidad de persuadir su comportamiento intimidante, sin resultados como lo refieren los testigos, situación que desencadenó en un disparo directo hacia la víctima.”

[...]

Frente a este tópico, la Sala estima que en este caso la actuación de la víctima contribuyó en la producción del daño, toda vez que al utilizar de manera intimidante elemento que revestía peligro, generando presión en los agentes de policía, tal como lo refieren los relatos de los testigos, ayudó a que la autoridad tuviera que hacer uso de su arma de dotación para repeler el comportamiento del agresor, razón por la cual, considera la Sala que le asistió razón al juez a quo, al analizar el presente caso bajo la concurrencia de culpas. [...]”. [Resalta la Sala].

Visto lo anterior, lo primero que salta a la vista es que las autoridades judiciales demandadas no dejaron de valorar alguna de las declaraciones arrimadas al proceso o que hayan seleccionado parte de sus contenidos con el fin de concluir que Omar Smith Martínez Cruz concurrió en la producción de su muerte, por el contrario, se observa que se aplicó la categoría de la concurrencia de causas luego de realizar un análisis integral de todos los testimonios.

Como pudo observarse, ambas instancias judiciales convergieron en que la conducta desplegada por Omar Smith Martínez Cruz frente a la autoridad policial momentos antes de su muerte, además de ser amenazante e intimidante al punto de representar un riesgo para la integridad del policía implicado, fue obstinada aun cuando este intentó persuadirlo en dos oportunidades mediante sendos disparos realizados al aire, escenario que lo trasladó a un estado de presión, contribuyendo así a que utilizara su arma de fuego de dotación contra la víctima. La Sala encuentra que estas inferencias no son infundadas, sino que están debidamente soportadas en las declaraciones aportadas por la parte demandante en el juicio ordinario de reparación directa.

No obstante estar comprobado científicamente que el daño muerte encuentra una causa inmediata y eficiente en el hecho dañino disparo de proyectil de arma de fuego, la Sala considera que no resulta impertinente estudiar las razones por las cuales el agente de policía decidió utilizar su arma de fuego, es decir, que al juez ordinario le correspondía analizar el alcance de la conducta desplegada por Omar Smith Martínez Cruz como elemento cooperativo en la producción del hecho dañino,

desde luego, sin que ello implicara el rastreo y ponderación de causas remotas o fortuitas.

En observancia de los criterios fijados por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación²¹, para efectos de discernir entre una mera conducta culposa sin incidencia causal y una contribución cierta y eficaz en la producción del hecho dañino²², fácilmente puede afirmarse que en el desarrollo del procedimiento policiaco Omar Smith Martínez Cruz no se acogió a los deberes que tienen todas las personas que transiten por Colombia de “**acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades**”²³. Adicionalmente, ante la actuación de la autoridad de policía en ejercicio de sus deberes constitucionales y legales²⁴, Omar Smith Martínez

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000. Rad. Nro. 12176. C. P: María Elena Giraldo Gómez. “(...) Ahora bien, “la cooperación jurídica del perjudicado en el nacimiento o en la propagación del daño”, con causa jurídica, denominación en la doctrina alemana, debe analizarse con las debidas cautelas y atendidos varios criterios, como pueden ser, por ejemplo, “el lesionamiento objetivo de un deber u obligación” o la necesidad de “responder de un riesgo”, presupuestos que han de venir conexionados “jurídicamente con los daños”.”. [Subraya la Sala].

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. Nro. 1995-02356 (13050). C. P: María Elena Giraldo Gómez.

²³ Constitución Política de Colombia de 1991. “**ARTICULO 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. [Subraya la Sala].

²⁴ Decreto 1355 de 4 de agosto de 1970. “Por el cual se dictan normas sobre policía. [Normativa vigente para el tiempo de los hechos y derogado por la Ley 1801 de 29 de julio de 2016 “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”]. (...).

ARTÍCULO 135.- Función de Policía. Es la Función de las autoridades de Policía, consistente en la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del Poder de Policía dentro del marco de la Constitución y la ley y de escoger los medios más benignos y favorables para proteger los derechos fundamentales frente a peligros y amenazas para la convivencia. (...).

Cruz, objetivamente, no sólo desconoció su obligación legal²⁵ de abstenerse de portar armas cortopunzantes²⁶, sino que, además, la utilizó de manera belicosa y desafiante contra el agente de policía involucrado en los hechos, para lograr evadirse del correspondiente²⁷ procedimiento de policía²⁸.

ARTÍCULO 137.- Medios de Policía. Los medios de Policía son aquellos instrumentos para el cumplimiento de la función de Policía previstos en la Constitución Política, las leyes, los reglamentos y este Código, sujetos a los principios del derecho y los tratados o convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano. Son medios de Policía: los reglamentos, los permisos y las autorizaciones, las órdenes de Policía, la acción policial, la aprehensión, la conducción, el registro de las personas, del domicilio y de los vehículos y la utilización de la fuerza.

ARTICULO 29. Sólo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

- a) Para hacer cumplir las decisiones y las órdenes de los jueces y demás autoridades; (...)
- d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;
- f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;
- g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves". [Subraya la Sala].

²⁵ Para la época en que acaeció la muerte de Omar Smith Martínez Cruz, es decir, el 29 de enero de 2012, por causa de un disparo de arma de fuego propinado por un agente de policía en el marco de un procedimiento de policía llevado a cabo en altas horas de la noche del día anterior, estaba vigente el Acuerdo municipal 79 de 20 de enero de 2003, "Por el cual se expid[ió] el Código de Policía de Bogotá D. C." expedido por el Concejo de Bogotá D. C. con base en "sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los ARTÍCULOS 7º, 12º, numerales 18 y 23, y el ARTÍCULO 13 del Decreto Ley 1421 de 1993", mediante el cual "se dict[ó] el régimen especial para el Distrito Capital de SantaFé de Bogotá (...) en uso de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 41 de la Constitución Política".

²⁶ Acuerdo municipal 79 de 20 de enero de 2003, "Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D. C. (...).

ARTÍCULO 39.- Prohibición a los menores de edad. Se prohíbe a los menores de edad realizar los siguientes comportamientos: (...) 4. Portar armas de fuego o cortopunzantes. (...)".

²⁷ Ibíd., **ARTÍCULO 39.- Prohibición a los menores de edad.** (...).

PARÁGRAFO SEGUNDO. La realización de estos comportamientos dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de este Código y a las establecidas en la normatividad nacional vigente.

Así las cosas, para la Sala resulta razonable que, aunque Omar Smith Martínez Cruz nunca utilizara el machete que esgrimía contra la humanidad de los agentes de policía, el uso agresivo e intimidante del mismo, junto con el uso que el policía implicado le dio a su arma de fuego, constituyen elementos fácticos que conforman la causa adecuada de su muerte, en ese sentido, el hecho de que los actores simplemente hayan valorado que de los testimonios practicados no podía colegirse la existencia de la concurrencia de causas, no genera un yerro que se subsuma en alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales atacadas.

Sin embargo, la Sala considera que el estudio de la controversia que la convoca no sólo se limita a establecer si hubo o no concurrencia de causas en la producción de la muerte de Omar Smith Martínez Cruz, sino que, en atención a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, debe indagarse acerca de la proporcionalidad en la atribución de los porcentajes correspondientes a dicha causalidad, es por ello que en ese sentido continuará el análisis de las providencias enjuiciadas.

PARÁGRAFO TERCERO: *Modificado por el art. 3, Acuerdo Distrital 382 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Cuando las autoridades de policía encuentren menores infringiendo esta disposición, deberán remitirlos a la autoridad competente para que les sean aplicadas las medidas de protección contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, sin perjuicio de que también se apliquen las demás medidas correctivas previstas en este Código”.*

²⁸ Segundo párrafo del hecho “décimo segundo” de la demanda del procedo ordinario con pretensión de reparación directa. “(...) Ante los señalamientos de los agentes y la alteración de la situación, Omar Smith tomó el machete que tenía su hermano menor y empezó a rozarlo contra el piso, buscando dispersar la situación para tratar de continuar con el camino”. Folio Nro. 159 del Cuaderno Nro. 1 del expediente Nro. 2013-00088.

Desproporción en la asignación de los porcentajes causales que concurrieron en la producción del daño muerte

En lo relativo a la atribución de los porcentajes de con-causalidad entre la conducta desplegada por Omar Smith Martínez Cruz y aquella efectuada por el agente de policía implicado en los hechos, las instancias judiciales demandadas expusieron los siguientes fundamentos:

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera-, mediante sentencia de 13 de agosto de 2015, señaló:

“[...] no puede perderse de vista que sí está demostrada una concurrencia de culpas, derivada de la conducta asumida por el occiso de guitarle el arma blanca a su hermano [...] y utilizarla para amenazar a la autoridad pública, aunque dicha amenaza no comportó, de acuerdo con lo probado en el expediente, un peligro real, actual e inminente para la integridad de los miembros de la Policía Nacional que justificara dispararle en legítima defensa.

En este orden de ideas, cuando está demostrado que en la producción del daño concurrieron en forma eficiente y en idéntica proporción el hecho de la víctima y la actuación del Estado, resulta preciso declarar la concurrencia de culpas en la falla del servicio. Así lo ha precisado el Consejo de Estado en varias providencias [cita al pie:] Cfr., CE3, Sentencia de julio 30 de 2008, e17066, C.P. Ramiro Saavedra Becerra (sic).

En consecuencia, se declarará la responsabilidad de la entidad demandada, pero se reducirá en un 50% la indemnización de perjuicios, porque el comportamiento inapropiado de la víctima fue parte de la causa eficiente de su muerte. No interesa para esta jurisdicción analizar el comportamiento de cada uno de los personajes involucrados, porque dicho estudio corresponde al proceso penal y disciplinario. Es suficiente con que se demuestre la participación de la víctima en la producción del daño para reducir el monto de la indemnización, tal y como ocurrió en este caso”. [Resalta la Sala].

Por su parte, la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 7 de diciembre de 2016, indicó:

“Ahora si bien está demostrado que la víctima desplegó una actividad suficientemente amenazante y agresiva para los policiales, según relatan los testigos, al parecer para protegerla integridad de su hermano Edwin Duvan Martínez Cruz, amenazada por los policías, la respuesta encaminada a repeler la actitud de este debió ser proporcional a la naturaleza de la agresión y teniendo en cuenta la desigualdad de los medios utilizados en agresión y defensa, encontrando la Sala que un machete rastrellado contra el piso fue repelido con arma de fuego accionada en el pecho del joven. Respuesta que en el entender de la Sala es desproporcionada y excesiva, en la medida en que condujo a la negación de la vida del contendor. Situación que puede enmarcarse dentro de la falla en el servicio por el desconocimiento del mandato de los artículo 29 y 30 del Código Nacional de Policía, que resultó en el uso desproporcionado de la fuerza al no mediar juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se refirió en los siguientes términos²⁹:

“no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el sub lite, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse”³⁰.

[...].

Frente a este tópico, la Sala estima que en este caso la actuación de la víctima contribuyó en la producción del daño, toda vez que al utilizar de manera intimidante elemento que revestía peligro, generando presión en los agentes de policía, tal como lo refieren los relatos de los testigos, ayudó a que la autoridad tuviera que hacer uso de su arma de dotación para repeler el comportamiento del agresor, razón por la cual, considera la Sala que le asistió razón al juez a quo, al analizar el presente caso bajo la concurrencia de culpas.

No obstante lo anterior, en criterio de la Sala la contribución de la víctima en la causación del daño fue mayor al 50% decretado en la sentencia recurrida, habida cuenta que, el hecho de haber mantenido su actitud agresiva, pese a que el

²⁹ “Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 23 de abril de 2008; Exp. 16525”.

³⁰ “Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 23 de abril de 2008; Exp. 16525”.

agente de policía disparó dos veces al aire tal como lo indican los medios de prueba, según los cuales la víctima no se “retrocedió ni nada”³¹” y que “seguía ahí rasillando la macheta”³²” además de constituir incumplimiento a sus deberes de colaboración con las autoridades encargadas de la preservación del orden, constituye un actuar imprudente, irresponsable y reprochable de la víctima.

En estas circunstancias, la Sala considera que la condena que se impondrá a la entidad demandada deberá reducirse en un porcentaje del 70%, pues si bien, el accionamiento del arma de dotación contra la humanidad de Omar Smith Martínez Cruz, fue causa adecuada y eficiente de su muerte, la Sala no puede pasar por alto que la participación de la víctima fue determinante en la producción del daño.

Así, teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala confirmará la declaratoria de responsabilidad efectuada en la sentencia apelada, en relación con la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, pero modificará la sentencia en cuanto al porcentaje de la concurrencia de culpas, para señalar que la víctima concurrió en un 70% en la causación del daño”. [Resalta la Sala].

Como lo ha expuesto la jurisprudencia contenciosa, el hecho de que la víctima concurra en la generación de su propio daño, habilita al juez de conocimiento para reducir el monto de la condena a la entidad demandada, sin embargo, debe aclararse que, ante esta hipótesis, el juez ordinario debe apreciar con cautela el grado de eficiencia de las conductas o los hechos concurrentes en la producción de un daño determinado para efectos de asignarle a cada una los respectivos porcentajes de co-causación de manera proporcionada³³.

³¹ “Según el testimonio de Miguel Ángel Gómez Martínez”.

³² “Según el testimonio de Miguel Ángel Sánchez Pérez”.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000. Rad. Nro. 12176. C. P: María Elena Giraldo Gómez. “[...] ante la evidencia de la co-causación, debe efectuarse un reparto equilibrado entre los varios autores del daño”.

La Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 17 de abril de 2013³⁴, resolvió un asunto que reviste elementos fácticos similares al presente, en el que aplicó la figura de la concurrencia de causas de la siguiente forma:

"[...] si bien es cierto que el señor Puello Barroso resultó lesionado como consecuencia de un impacto de arma de fuego que le fue propinado por su compañero, el soldado Alexander Ramírez Coneo, con su arma de dotación oficial, no lo es menos que en el presente asunto se acreditó que la participación o conducta temeraria desplegada por la víctima fue determinante en la producción del daño, por lo cual forzoso resulta concluir acerca de la configuración de una concausa en la producción del mismo.

En efecto, de conformidad con el informe administrativo por lesiones que obra en el expediente, el soldado Puello Barroso tuvo un altercado con su compañero, el soldado Ramírez Coneo, lo cual dio lugar a que el demandante lo amenazara con un arma cortopunzante provocando a su compañero, cuestión que determinó la reacción, obviamente desproporcionada, en cuya virtud le propinó el disparo que le causó las lesiones por las cuales se presentó la demanda; en ese sentido se tiene que, tal y como se consideró anteriormente, si bien es cierto que el Estado se encontraba a cargo de la actividad riesgosa –utilización de armas de fuego– que produjo el daño en el presente asunto, dicha circunstancia no impide que en casos como el presente –en el cual la víctima tuvo una participación activa en su propio resultado dañoso– se deba concluir acerca de la concurrencia de causas.

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira el 19 de febrero de 2004 y declarará la responsabilidad de la entidad demandada pero reducirá el 15% del monto de la indemnización que debe asumir, por razón de la participación directa que tuvo la víctima en el hecho dañoso y, en consecuencia, analizará el monto de los perjuicios solicitados en la demanda sobre la base de dicha disminución de la condena". [Subraya la Sala].

Visto lo anterior y en atención a las pruebas obrantes en el expediente, la Sala concluye que no le asiste razón al Juez Administrativo de primera instancia cuando asegura que el comportamiento inapropiado de la víctima resulta ser la causa

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia de 17 de abril de 2013. Rad. Nro. 2001-00056-01 (27307). C. P: Mauricio Fajardo Gómez.

eficiente de su muerte, máxime cuando expone categóricamente que dicha conducta no comportó un peligro real, actual e inminente para la integridad de los agentes de policía.

La Sala destaca que en la providencia que le puso fin al conflicto plantado en sede ordinaria, el Tribunal, contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia, advirtió de manera contundente que el accionamiento del arma de fuego de dotación por parte del agente de policía contra la humanidad de Omar Smith Martínez Cruz fue la causa adecuada y eficiente de su muerte. La Sala comparte esta afirmación en la medida en que, como se señaló anteriormente, está científicamente comprobado que “*el fallecimiento del joven se da luego de ingresar al servicio de urgencias en muy malas condiciones siendo diagnosticado con “herida en tórax por posible arma de fuego”*”. En tal virtud, desde el punto de vista lógico, resulta totalmente incoherente que las autoridades judiciales accionadas hayan optado por atribuirle a la conducta de la víctima un porcentaje de concurrencia equivalente o mayor al hecho dañino disparo de bala de arma de fuego, en la producción de la muerte de Omar Smith Martínez Cruz.

Adicionalmente, si bien el Tribunal Administrativo fue enfático en apuntar que la reacción desplegada por el agente de policía a la hora de intentar repeler el comportamiento de la víctima fue desproporcionada y excesiva dada la naturaleza de las agresiones y la desigualdad de las armas utilizadas, así como en precisar que los integrantes de la Policía Nacional reciben la suficiente instrucción y preparación a fin de enfrentar las situaciones como en la que se vio envuelto el agente de policía

implicado en los acontecimientos, la Sala no encuentra un motivo razonable y coherente por el cual se le haya asignado a la víctima una concurrencia causal equivalente al setenta por ciento en la producción de su muerte, con lo cual se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en el defecto decisión sin motivación.

En efecto, si se tiene claro que, más allá de la conducta desafiante de Omar Smith Martínez Cruz, el impacto de arma de fuego propinado por el agente de policía fue la causa adecuada del resultado antijurídico muerte, la mayor parte de la contribución en dicho resultado debe ser imputado al profesional de policía entrenado para encarar ese tipo de manifestaciones de violencia, pero que la resolvió de manera ilegal al ejercer un uso desproporcionado de la fuerza.

Es un hecho que la actitud de desobediencia y agresividad de Omar Smith Martínez Cruz conllevó que el agente de policía desenfundara su arma de fuego con la finalidad de tomar el control del procedimiento de policía, sin embargo, ningún operador judicial puede pasar por alto que el dominio instruido del arma de fuego es el factor determinante para llevar a cabo un procedimiento de policía de la manera menos lesiva para los bienes jurídicos en riesgo³⁵. En otras palabras, ante la

³⁵ Decreto 1355 de 4 de agosto de 1970. “Por el cual se dictan normas sobre policía. (...) **ARTICULO 30.** Para preservar el orden público la Policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento. Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga”.

conducta de la víctima, la cual nunca consistió en utilizar el machete de manera directa contra el agente de policía, a este le era exigible una conducta diferente³⁶ a la de propinarle un impacto de bala mortal. En ese orden de ideas, en el caso concreto resulta desproporcionado asignarle al comportamiento de la víctima un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento en la concurrencia de su daño.

Así pues, la Sala encuentra que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en defecto fáctico por valoración indebida de las pruebas incorporadas al proceso al realizar una asignación desproporcionada del porcentaje de concurrencia de Omar

Acuerdo municipal 79 de 20 de enero de 2003, “Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D. C. (...) **ARTÍCULO 152.- Empleo de la fuerza.** Solo cuando sea estrictamente necesario, los miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C. pueden emplear proporcional y razonablemente la fuerza para impedir la perturbación de la convivencia ciudadana y para restablecerla, en los siguientes casos:

1. Para hacer cumplir las decisiones y órdenes de las autoridades judiciales y de Policía;
2. Para asegurar la captura de la persona que deba ser conducida ante las autoridades judiciales;
3. Para vencer la resistencia del que se oponga a una Orden de Policía que deba cumplirse inmediatamente;
4. Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;
5. Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves, y
6. Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la integridad de la persona, su honor y sus bienes.

PARÁGRAFO. Los miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C emplearán solo instrumentos autorizados por la Constitución, la ley o el reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menos daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales instrumentos no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento de la convivencia ciudadana o su restablecimiento”. [Subraya la Sala].

³⁶ Ibíd., “**ARTÍCULO 39.- Prohibición a los menores de edad.** Se prohíbe a los menores de edad realizar los siguientes comportamientos: (...). 4. Portar armas de fuego o cortopunzantes. (...).

PARÁGRAFO SEGUNDO. La realización de estos comportamientos dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de este Código y a las establecidas en la normatividad nacional vigente.

PARÁGRAFO TERCERO: Modificado por el art. 3, Acuerdo Distrital 382 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Cuando las autoridades de policía encuentren menores infringiendo esta disposición, deberán remitirlos a la autoridad competente para que les sean aplicadas las medidas de protección contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, sin perjuicio de que también se apliquen las demás medidas correctivas previstas en este Código”.

Smith Martínez Cruz en la producción de su muerte, en tanto que de los hechos probados se evidencia que dicho resultado es consecuencia, en gran parte, del hecho dañino impacto de proyectil de arma de fuego propinado por el agente de policía y no de la conducta amenazante de la víctima.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, así como dejar sin efectos las sentencias pronunciadas el 13 de agosto de 2015 y el 7 de diciembre por las autoridades judiciales demandadas y, en su lugar, le ordenará a la Subsección "A" de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera una nueva sentencia en la que reasigne de manera proporcionada y equilibrada los porcentajes de participación causal en la concurrencia del daño muerte, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- (i) El agente de policía involucrado en los acontecimientos que desencadenaron en la muerte de Omar Smith Martínez Cruz es una persona que ostenta la pericia y la experiencia suficiente para efectuar un uso proporcional y razonado del arma de fuego con la cual es dotado para efectos de desarrollar procedimientos de policía causando el menor daño posible.
- (ii) El arma de fuego considerada en abstracto resulta ser más letal que un arma corto-punzante, aun si se trata de un machete.

(iii) Está demostrado que la conducta amenazante de la víctima nunca se dirigió a atacar la integridad física del agente de policía.

(iv) La víctima del disparo de arma de fuego era un menor de edad que se encontraba bajo el efecto de bebidas embriagantes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 13 de julio de 2017, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, se dispone:

AMPÁRENSE los derechos fundamentales al debido proceso y a la reparación integral de Martha Esperanza Cruz Sanabria y Omar Martínez Real.

DEJASEN sin efecto las sentencias proferidas por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá –Sección Tercera- el 13 de agosto de 2015 y la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de diciembre de 2016 y, en su lugar, **ORDÉNASE** a este Tribunal proferir sentencia de sustitución en la que reasigne de manera proporcionada el porcentaje de concurrencia de Omar Smith Martínez Cruz

en la producción de su muerte, teniendo en cuenta los criterios expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión del día 21 de septiembre de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ